المعاوضة على الكفالة

إعداد

د. علي بن راشد الدبيان*

---

* القاضي بوزارة العدل ورئيس تحرير مجلة العدل.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير البشرية أجمعين، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن من كمال الشريعة الإسلامية الغراء أنها جاءت مراعية في أحكامها معاني سامية جليلة تحرّك في النفوس مكنون الإحسان والإرفاق بالآخرين، وتجعل لتصرفاتهم سمواً للارتقاء لتحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع المسلم، وصلاً لعُلق التعاون والتكاتف بين المؤمنين، وإشاعة لروح التعاطف والتراحم بينهم، وهو مقصد شرعي كلي دلت عليه نصوص الكتاب والسنّة في مثل قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [**المائدة**: ٢].

وقوله سبحانه: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٩٥﴾﴾ [**البقرة**: ١٩٥]. وقوله عزَّ من قائل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾ [**النحل**: ٩٠]. وقوله صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عنه النعمان بن بشير -رضي الله عنه-: «ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد، إذا اشتكى عضواً تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى» (١).

وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من نفّس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة،

(١) متفق عليه - انظر اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ٣/١٩٦ برقم ١٦٧١.

والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» (٢).

وعن حذيفة -رضي الله عنه- قال: قال نبيكم صلى الله عليه وسلم: «كل معروف صدقة»(٣).

ومن أحكام الشريعة النيّرة التي ضمنت هذا المعنى «عقد الكفالة» الذي قررت شريعة الإسلام جوازه؛ إرفاقاً بالأمة وتيسيراً لها، ودعماً لمبدأ التعاون والتكافل والتحامل بين أفرادها.

معنى الكفالة

هي في اللغة مأخوذة من مادة «كفل» بمعنى «ضمن»، والكفيل والكافل هو الضامن والعائل والزعيم والجميل، والجمع كفلاء(٤)، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ**﴾ [**آل عمران**: ٤٤]. وقوله صلى الله عليه وسلم: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة، وأشار بالسبابة والوسطى»(٥).

وأما اصطلاح الفقهاء -رحمهم الله- فقد عُرفت الكفالة بعدة تعريفات، تدور مضامينها على معنى واحد، هو: ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة والالتزام للحق(٦).

---

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ص٧٤٧ - كتاب الأدب، باب في المعونة للمسلم - برقم ٤٩٤٦.

(٣) أخرجه أبو داود - المرجع السابق - برقم ٤٩٤٧.

(٤) لسان العرب لابن منظور ١٤/١٠٩ - مادة «كفل».

(٥) رواه البخاري في صحيحه - كتاب الآداب - باب فضل من يعول يتيماً ص١٢٧٨ برقم ٦٠٠٥.

(٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٨٣، حاشية ابن عابدين ٥/٢٨٢، بلغة السالك للصاوي ٢/١٥٥، حاشية الدسوقي ٣/٣٣٠، نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٣٢، المغني لابن قدامة ٤/٥٩٠، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٦٢.

ويقصد بذلك ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في ضمان الحق والالتزام به لصاحبه فيكون له الخيار في الاستيفاء من أي الذمتين، وكذا جعل ذمة بدلاً عن الأخرى في الاستيفاء عند العجز عن السداد، والحق هنا يشمل أنواع المضمون بالكفالة، سواء أكان ضمان مال أو كفالة نفس وبدن(٧).

الأصل في مشروعية الكفالة

وردت نصوص الكتاب والسنّة مقررة مشروعية الكفالة، وعلى ذلك انعقد إجماع الأمة.

فمن الكتاب، قوله تعالى: ﴿**قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ [**يوسف**: ٧٢]، أي: كفيل وضمين وحميل(٨). فجاءت الآية بإقرار كفالة المنادي عن الملك لمن جاء بالصواع بأن له حمل بعير من الطعام.

ومن السنّة أحاديث عدة، منها:

حديث سلمة بن الأكوع قال: «كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتي بجنازة، فقالوا: يا رسول الله، صلِّ عليها، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله

(٧) نظرية الضمان الشخصي/ الموسى ص١٥٨-١٦٥.
(٨) انظر: تفسير القرآن والعظيم لابن كثير ٣/٥٢٢، فتح القدير للشوكاني ٣/٤٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٩/٢٣١.

وعليّ دينه، فصلى عليه»(٩).

وحديث أبي هريرة -رضي الله عنه- : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه من قضاء؟ فإن حُدّث أنه ترك وفاء صلى عليه وإلا قال: صلوا على صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فعليّ قضاؤه»(١٠).

وحديث أبي أمامة الباهلي -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، لا تنفق المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا، قال: ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: العارية مؤدّاة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم» (١١).

وقد تتابع الناس على التعامل بالكفالة بعضهم لبعض وأجمعوا على صحتها ومشروعية العمل بها، حكى الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني(١٢) وابن عابدين في حاشيته(١٣) وغيرهما.

كما أن الشريعة الإسلامية جاءت بكفالة الضروريات والحاجيات والتحسينيات

(٩) رواه البخاري في صحيحه - كتاب الكفالة- برقم ٢٢٨٩ ينظر: فتح الباري لابن حجر ٤/ ٤٦٦.
(١٠) متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، كتاب الكفالة برقم ٢٢٩٨، ينظر: صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ٣/٤٧٧، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الفرائض ١١/ ٦٠ صحيح مسلم بشرح النووي.
(١١) رواه النسائي والترمذي وابن ماجه وابن حبان والطبراني، وفيه إسماعيل بن عياش وهو من روايته عن الشاميين، وروايته عنهم جيدة، وبالجملة طرق الحديث يقوي بعضها بعضاً، ينظر: التلخيص الحبير لابن حجر ٢/ ٤٧، نصب الراية للزيلعي ٤/ ٥٨.
(١٢) المغني ٤/ ٤٩١.
(١٣) حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٥.

وحفظها، فكل ما أوصل إلى ذلك فهو مقصود شرعاً، وحاجة الناس في معاشهم تستدعي مثل هذا التعامل بينهم، والشريعة وردت باليسر ورفع الحرج، وإجازة الوسائل الموصلة لذلك، قال ابن النجار الحنبلي -رحمه الله- : «ولأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو ضمان البدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها»ا. هـ (١٤).

وقال الرحيباني -رحمه الله- : «فلو لم تجز الكفالة لأدى إلى الحرج، وتعطلت المعاملات المحتاج إليها . . . »ا. هـ (١٥).

مقصود عقد الكفالة

عقد الكفالة من العقود القائمة في أصلها على التبرع والإرفاق والإحسان، وليس على المعاوضة، وهذا هو المنصوص عند الفقهاء في مختلف المذاهب، ومن نصوصهم في ذلك:

ما جاء في بدائع الصنائع : «لأنها - أي : الكفالة - عقد تبرع، فلا تنعقد ممن ليس أهلاً للتبرع . . » ا. هـ(١٦).

وجاء في فتح القدير : «لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء» ا. هـ(١٧).

(١٤) معونة أولي النهي شرح المنتهى ٤/ ٤٠٧.
(١٥) مطالب أولي النهي شرح المنتهى ٣/ ٣١٣.
(١٦) للكاساني ٤/ ٣٤١١.
(١٧) لابن الهمام ٧/ ٢١٥.

وجاء في مجمع الأنهر: «ولا تصح الكفالة إلا ممن يملك التبرع؛ لأنه عقد تبرع ابتداء»ا. هـ(١٨).

وجاء في بلغة السالك: «ولزم أهل التبرع»ا. هـ(١٩).

وجاء في الذخيرة: «كفالة المريض في ثلثه لأنها تبرع، وقاله الأئمة، ومداينته بعد ذلك في رأس ماله، لأنها ليست تبرعاً، فإن اغترق الدين سقطت الكفالة، لتقديم الدين على التبرع..»ا. هـ(٢٠).

وجاء في نهاية المحتاج: «وشرط الضامن... إلى قوله... وأهلية التبرع».ا. هـ(٢١).

وجاء في المجموع شرح المهذب:

«فصل: وتجوز الكفالة حالاً ومؤجلاً، كما يجوز ضمان الدين حالاً ومؤجلاً، وهل يجوز إلى أجل مجهول، فيه وجهان: أحدهما: يجوز، لأنه تبرع من غير عوض...»ا. هـ(٢٢).

وجاء في الكافي: «فصل: ولا يصح إلا من جائز التصرف، فأما المحجور عليه لصغرٍ أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لأنه تبرع بالتزام مالٍ، فلم يصح منهم، كالنذر والصدقة»ا. هـ(٢٣).

---

(١٨) لداماد أفندي ٢/١٢٤.
(١٩) للصاوي ٢/١٥٥.
(٢٠) للقرافي ٩/١٩٢.
(٢١) للرملي ٤/٤٣٤.
(٢٢) للنووي ١٤/٤٧.
(٢٣) لابن قدامة ٣/٢٩٨.

وجاء في المغني: «فصل: وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة... إلى قوله... والأولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض» ا.هـ(٢٤).

وبهذه النصوص وغيرها مما هو معلوم في مظانه يتضح أن عقد الكفالة يتأسس على التبرع والإحسان بلا معاوضة... والسؤال هنا: إذا كان مقصود عقد الكفالة وأساسه قائماً على التبرع والإحسان بلا عوض فهل يصح أخذ العوض عليه ونقله من معنى التبرع إلى المعاوضة؟ هذا ما نروم إيضاحه في هذه الأسطر، وقبل الشروع في بيان ذلك نوضح صور أخذ العوض على الكفالة من واقع الناس في معاملاتهم، فإن من تلك الصور ما بلغ الخصام عليه والمطالبة به أروقة المحاكم ومقامات التقاضي.

صور أخذ العوض على الكفالة

الكفالة في تصوير الفقهاء تكون بأحد أمرين:

الأول: ضمان المال الواجب على المكفول.

الثاني: ضمان البدن المكفول.

قال ابن الهمام -رحمه الله-: «الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال». ا.هـ(٢٥).

---

(٢٤) لابن قدامة ٧/١٠١ وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٣١٦.
(٢٥) فتح القدير ٧/١٦٤.

فالأول هو ما يسمى كفالة الغرم والأداء في حال عدم سداد المكفول لما عليه، والثاني: هو ما يسمى كفالة الحضور بمعنى ضمان إحضار المكفول ببدنه متى طُلب، وقد يجتمعان، بحيث يكفل الكفيل مكفوله كفالة حضور ببدنه وكفالة غرم وأداء لما عليه حال مماطلته أو عجزه.

والكفالة بنوعيها: عقد التزام من الكفيل لصاحب الحق ببدن مكفوله أو غرم ما عليه، بحيث يستوثق صاحب الحق لحقه ويطمئن لضمانه بوجود ذمة الكفيل الضامن، وقد جنح بعض الكفلاء إلى أخذ عوض من المكفول مقابل كفالته له، سواء أكان ببدنه أم باستعداده بضمان ما عليه وتأديته عنه حال عجزه أو مماطلته.

والصور التي تعرض في واقع الناس للكفالة بعوض لا تعدو أن تندرج تحت هذين النوعين:

- فنوعٌ: يقوم فيه شخص بكفالة شخص وجب عليه حق أو وقع في مخالفة ليخرجه من دائرة التحفظ على بدنه لدى رجال السلطة العامة، ويلتزم بإحضاره متى طلب من الجهة، ثم يأخذ مقابل هذه الكفالة دراهم ويشترط على المكفول أو غيره عوضاً مالياً عن كفالته.

- ونوع آخر: يقوم فيه شخص بكفالة آخر في دين لثالث أو شراء سلعة بثمن مؤجل أو مقسط، ويكون من شروط صاحب الحق في العقد إحضارُ كفيل ضامن للمشتري، فيلتزم الكفيل بالكفالة مقابل مبلغ مالي يأخذه من المكفول عن هذا الالتزام.

- ويزاد المبلغُ المأخوذ عوضاً عن الكفالة بحسب أهمية موضوع الكفالة، وحجم الحق الواجب، وحساسية وضع المكفول خاصة في موضوعات المخالفات التي يحرص ذوو

الاعتبار في المجتمع على عدم علم الكافة بها، ويحاولون محاصرتها وإخفاءها، وفي مجتمع التجار سوق رائجة لمثل هذا التعامل لحرص التاجر المحتاج للكفالة على عدم معرفة وضعه التجاري، وخاصة إذا كانت الكفالة لاستدراك خسارة أو تعويض نكسة مالية، وقد تفنن الكفلاء في ابتزاز محتاجي الكفالات، واستغلال حاجتهم واضطرارهم لها بفرض مبالغ باهضة على كفلائهم، منها ما يكون حالاً، ومنها ما يكون مؤجلاً، وقد يجمع بين الأمرين، فما حكم أخذ تلكم المبالغ مقابل الكفالة؟

حكم المعاوضة على الكفالة

بالرجوع إلى نصوص الفقهاء في هذه المسألة نجدها في اتجاه واحد تقريباً، مع فروقات في صحة عقد الكفالة بهذا الشرط أو بطلانه من أصله أو بطلان الشرط فقط، وبعد استعراض نماذج منها نستخلص مضامينها.

جاء في فتح القدير لابن الهمام الحنفي(٢٦):

«وفي الخلاصة: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة...». ا. هـ.

وجاء في حاشية الدسوقي المالكي على الشرح الكبير للدردير (٢٧): «إذا كانت الحمالة فاسدة شرعاً غير مستوفية للشروط كانت غير معتد بها، كما إذا كانت بجعل فهي فاسدة، لأن شرط الحمالة أن تكون لله وحينئذٍ لا يعتد بها» ا. هـ.

(٢٦) ٧/١٨٦.
(٢٧) ٣/٣٤٠-٣٤١.

وجاء في بلغة السالك إلى مذهب الإمام مالك للصاوي(٢٨) : «وإذا كانت الحمالة فاسدة شرعاً غير مستوفية للشروط كانت غير معتدٍّ بها، قوله : (بجعل) إنما فسدت بالجعل للضامن لقوله في الحديث : «ثلاثة لا تكون إلا لله : الجعل، والضمان، والجاه». والحاصل أن الصور تسع، لأن الجعل إما للضامن من المدين، أو من رب الدين، أو من أجنبي، وإما للدين من الضامن أو من رب الدين أو من أجنبي، وإما لرب الدين من المدين أو من الضامن أو من أجنبي، فيمتنع حيث كان للضامن في الثلاث وتجوز فيما عداها» ا. هـ.

وجاء في الشرح الكبير للدردير بذيل بلغة السالك(٢٩) : «ثم شرع في مبطلات الضمان . . . إلى قوله . . . كبجعل للضامن من رب الدين أو من المدين أو من أجنبي، وعلة المنع : أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة فتفسد الحمالة ويرد الجعل لربه، ثم إن كان الجعل من رب الدين للحميل سقطت الحمالة والبيع صحيح . . . »ا. هـ.

وجاء في المجموع شرح المهذب للنووي(٣٠) : «فصل : وتجوز الكفالة حالاً ومؤجلاً، كما يجوز ضمان الدين حالاً ومؤجلاً، وهل يجوز إلى أجل مجهول؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز، لأنه تبرع من غير عوض»ا. هـ.

وجاء في كشاف القناع للبهوتي(٣١) : «أو كفل أو ضمن على أن يبيعه المكفول به أو

---

(٢٨) ٢/ ٦٧٤.
(٢٩) ٢/ ٦٧٤.
(٣٠) ١٤/ ٤٧.
(٣١) ٥/ ١٦٠٨.

المضمون عنه شيئاً عينه أي الكفيل أو الضامن لي وعلى أن يؤجره داره ونحوه كـ(على أن يهبه كذا)، فلا يصح الضمان ولا الكفالة في ذلك كله، لأنه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه» ا.هـ.

– وجاء في مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهي للرحيباني(٣٢): «وكذا لو شرط في كفالة وضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به آخر... إلى قوله... أو ضمن أو كفل على أن يبيعه المكفول به أو المضمون عنه شيئاً عيّنه الكفيل أو الضامن أو على أن يؤجره كذا أي داره مثلاً، أو على أن يهبه كذا، فلا يصح الضمان ولا الكفالة في ذلك كله، لأنه كبيعتين في بيعة المنهي عنه»ا.هـ(٣٣).

– وفي الفتوى ذات الرقم ١١٦١٧ للجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية... سئلت اللجنة عن أخذ العوض على كفالة الأشخاص المعينين من العمال.. أجابت اللجنة بما نصه:

«هذا المال حرام، لأنه عوض عن الكفالة، وهي من عقود الإحسان... إلخ»(٣٤)

– كما قرر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته المنعقدة في جدة من ١٠-١٦ ربيع الآخرة عام ١٤٠٦هـ بشأن بحث «خطاب الضمان» ما نصه: «إن الكفالة عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان. وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً»ا.هـ(٣٥).

---

(٣٢) ٣/٣١٨.
(٣٣) وانظر: معونة أولي النهي ٤/٤١٣.
(٣٤) فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء ١٤/١٨٩-١٩٠.
(٣٥) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٧/٥٠٩٣.

- كما رجّح عدد من المعاصرين المنع من أخذ العوض مقابل الكفالة، منهم محمد الموسى في بحثه (الضمان الشخصي) ص٢٨٢-٢٨٣، وعبدالكريم زيدان في بحثه (الكفالة والحوالة في الفقه المقارن) ص١٣٨-١٤٩.

ومما سبق يتلخص لنا الآتي:

١- أن عقد الكفالة مبناه على التبرع والإحسان والإرفاق، لا على المعاوضة، وبذا يمتنع أخذ العوض عن الكفالة.

٢- أن العوض المدفوع مقابل الكفالة قد يكون من المكفول أو من رب الدين أو من طرف ثالث خارج.

٣- أن العوض قد يدفع مقابل الكفالة بالبدن، أو مقابل الكفالة بحق مالي.

٤- أن الفقهاء -يرحمهم الله- عللوا المنع من أخذ العوض مقابل الكفالة بعدة تعليلات تقع على عين الصورة المتعاقد عليها وتختلف باختلافها.

- ففي أحوال يمتنع لشبهه بالقرض الذي يجر نفعاً في حال سداد الكفيل عن المكفول.

- وأحياناً لشبهه بالبيعتين في بيعة المنهي عنه.

٥- أن حكم عقد الكفالة مع اشتراط العوض متردد بين بطلان العقد إن شُرط فيه، وبطلان الشرط إن كان اشتراطه خارجاً عن العقد.

- وهذا ما أحببت تحريره في هذه المسألة المهمة، والتي تعرض أحياناً على أنظار المفتين في سؤالات الناس لهم، وتقع بين أنظار قضاة الشريعة في أروقة المحاكم حين يختصم المتعاقدون على مثل هذا التعامل، فينال الكافل بما شرطه على المكفول أو غيره من عوض

مقابل كفالته، وقد يكون المال المشترط أحياناً كبيراً باهظاً مبالغاً فيه، وهذا ما يدعو المستفيد فيه إلى الإصرار على المطالبة به، كما يدفع المضرور منه إلى البحث عن مخرج له من هذا الالتزام، ولكن الظن بالجميع حين يعلم حرمة هذا المال، وأن فقهاء الشريعة منعوا منه، وعدّوه من أكل أموال الناس بالباطل، أن ينتهوا ويكفوا عن مثل هذه المشارطات والتعاقدات.

وفق الله الجميع لمرضاته، وألهمنا الرشد والصواب، وهدانا لما فيه الخير دنيا وأخرى، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله محمد وآله وصحبه أجمعين.